

Diez años de Alianzas Público-Privadas (APP) en Brasil

Floriano de Azevedo Marques Neto¹
Caio de Souza Loureiro²

SUMARIO:

I. Introducción II. Apañado de reglamentos de APP. III. Temas relevantes de la experiencia brasileña en APP. IV. Los cambios de la Ley Federal N° 12.766/2012. V. Perspectivas

PALABRAS CLAVE:

Administración Pública - Servicios Públicos - Estructuración y gestión de los contratos de APP

KEY WORDS:

Public Administration - Public services - Structuring and management of PPP contracts

RESUMEN:

El artículo aborda la experiencia brasileña en Asociaciones Público-Privadas (APP), transcurrido casi una década de la incorporación de este tipo de administración de contratos. Después de un comienzo tímido, las APP se están adoptando con más contundencia, especialmente para los estados y municipios brasileños, que ya han logrado algunos resultados importantes como una nueva forma para permitir el despliegue de la infraestructura y los servicios públicos. La experiencia demuestra, sin embargo, que hay algunos puntos que necesitan una mejor regulación, aún hay otros que advierten de la precaución que deben observarse en la estructuración y gestión de los contratos de APP. Las prácticas beneficiosas para el contrato de APP, así como los puntos de atención constituyen el objeto de este artículo, que, en resumen, expone lo que se discute con mayor tenacidad en el estudio y aplicación de las APP en Brasil.

ABSTRACT:

The paper discusses the Brazilian experience in Public Private Partnerships (PPP), after nearly a decade of incorporating this type of contract administration. After a timid start, PPPs are being taken more forcefully, especially for Brazilian states and municipalities that

¹ Doctor y Docente libre en Derecho Público por la Universidad de São Paulo. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. Abogado.

² Máster en Derecho del Estado por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Abogado.

have already achieved some important results as a new way to allow the deployment of infrastructure and public services. Experience shows, however, that there are some points that need better regulation, still others warn of caution to be observed in the structuring and management of PPP contracts. The beneficial practices to the PPP contract and service points are the subject of this paper, which, in short, exposes what is discussed with a lot of tenacity in the analysis and implementation of PPPs in Brazil.

I. Introducción

Con una década de vigencia en Brasil, las alianzas público-privadas – APP – todavía enfrentan las dificultades naturales de cualquier nuevo instituto relacionado con la Administración Pública. Surgidas con el objetivo de permitir que se deleguen una serie de servicios cuya concesión no se permite solo con ingresos arancelarios, las APPs se presentaban como una herramienta de mejora del desempeño estatal, sirviendo especialmente para la realización de grandes inversiones y para la prestación de servicios administrativos, sin el cobro de tarifa. Con el conocido déficit de infraestructura y de prestación de servicios esenciales (salud, educación, actividad administrativa), la introducción de un mecanismo de colaboración, que permitiera el aprovechamiento de la *expertise* y de los recursos del particular era reclamada durante mucho tiempo, y las APP acabaron siendo el instrumento elegido para este papel.

La APP tuvo su inicio en el país, en 2003, en el ámbito de la legislación del Estado de Minas Gerais, también se ha incorporado por el Estado de São Paulo; finalmente, a finales de 2004, se expidió una ley general en ámbito federal. Poco después, varios Estados y Municipios han desarrollado propias leyes para regular el instituto. De hecho, es curioso que esta primacía de otras entidades federales dure hasta hoy, dada la timidez con que la Unión Federal adoptó el instituto, siendo mucho más común en el ámbito de los Estados y Municipios.

En estos diez años de vigencia, mucho ha cambiado en la regulación de las APP y la maduración del instituto sigue poniendo de relieve la necesidad de ajustes en los supuestos que la rigen. Por otro lado, incluso con la existencia de ejemplos de éxito en contratos de APP, todavía cuelga mucha desconfianza y malos entendidos acerca de este nuevo régimen contractual administrativo, ya sea para negar la especialidad, queriendo regularlo con lentes de régimen tradicional administrativo, o incluso considerarlo como algo menos complejo de lo que realmente es. Ejemplo elocuente de esta situación fue la reciente aprobación de la Ley Federal N° 12.766/2012, que corrigió algunas de las distorsiones más sensibles de la regulación de las APP, sin embargo, no avanzó cuanto se esperaba.

El momento, por lo tanto, parece ser ideal para analizar el panorama actual de las APP en Brasil, tomando los ejemplos – para bien y para mal – de contratos ya en operación y de tantos proyectos estructurados, comprendiendo aciertos y errores para, así, identificar los principales avances y retrocesos de la aplicación del instituto. En esa sintonía, iniciaremos la presentación con un apañado general de la regulación de la APP en el país. Poco después, a partir de la experiencia adquirida hasta aquí con la estructuración y contratación de APP, trataremos más rápidamente con las mejores prácticas y puntos todavía sujetos a ajustes.

II. Conglomerado de regulación de APPs

Con la promulgación de la Ley Federal N° 11.079/2004 se han establecido las normas generales sobre APP que pasaran a influir la edición de leyes equivalentes en los Estados y Municipios. Sucinto, el texto de la ley establece líneas generales de los contratos de APP que cuidan básicamente de los puntos de distinción de la APP en relación a las concesiones comunes, reguladas diez años antes. Siendo cierto que la APP es también un tipo de concesión, la Ley N° 11.079/2004 aprovechó mucho de la regulación de las concesiones comunes, innovando en lo que es especial la APP.

En esta tarea, se establecieron dos nuevos acuerdos de concesión: la patrocinada y la administrativa. Estos difieren en el cobro de tarifas, existente en la primera modalidad y ausente en la segunda, que, a su vez, se apoya únicamente en el pago de una contraprestación pública por el Estado. En rigor, aunque mucho se ha dicho acerca de la singularidad de los pagos efectuados por el otorgante, atribuyendo a la contraprestación pública el papel de gran innovación de la APP, la concesión común ya admitía subsidio, incluyendo pecuniario, a favor de la viabilidad de la concesión. El gran mérito de la legislación de APP fue detallar y sistematizar la obligación de pago por parte del otorgante, especialmente con el establecimiento de un sistema de garantías que llevase mayor comodidad para el concesionario. Así que en lugar de solo genéricamente la obligación pecuniaria del otorgante hacia el concesionario, lo que es aún más beneficioso cuando se considera el calvario usual que los acreedores de la Administración deben recorrer para recibir lo que les corresponde³.

Siguiendo en el estudio de las dos nuevas modalidades de concesión, es cierto que una buena elección por una de ellas se relaciona directamente con las características del servicio a prestar. Al predecir la coexistencia de la contraprestación pública con ingresos arancelarios, la concesión patrocinada se muestra más adecuada a servicios con usuarios definidos, pero que, debido a las inversiones necesarias para prestar servicios, se quejan de ingresos complementarios de la concesionaria. Así, servicios que no hayan sido concedidos por la imposibilidad de viabilizar la concesión solo con los ingresos arancelarios, se convirtió en el objeto de delegación, dependiendo con el ingreso adicional de la contraprestación pública. A su vez, la concesión administrativa, apoyada exclusivamente en la contraprestación pública, presta servicios a aquellos en los que está prohibido cobrar tasa, o incluso aquellos en los que la Administración es el usuario directo. Es el caso, por ejemplo, de las APP destinadas a la prestación de servicios de salud o de educación, así como las que están destinadas a la mejora de la actividad administrativa (construcción y mantenimiento de edificios públicos, prisiones, sistemas de TI, entre otros).

Todavía es interesante observar que la gran mayoría de las APP ya contratadas o en estudio es de concesiones administrativas. Salvo algunos ejemplos de carreteras y sistemas de metro, la concesión patrocinada todavía es muy menos aplicada de que la concesión administrativa⁴. A nosotros nos parece que una de las razones para esa primacía de la

³ No es coincidencia, la ausencia de un mecanismo de garantía de la satisfacción del crédito hizo con que, mismo con la permisividad legal, la concesión con subsidios se han aplicado provisionalmente, contando con algunos pocos precedentes, como es el caso de la "Línea Amarilla" y de la "Conexión Transolímpica", ambas carreteras urbanas del municipio de Río de Janeiro, y de la Línea 4 del metro del Río de Janeiro.

⁴ Es el caso de las Líneas 4 y 6 del metro de São Paulo, de la carretera MG-050 (en el Estado de Minas Gerais) y de la Puente del Paiva (en el Estado de Pernambuco).

concesión administrativa es la restricción presupuestaria, natural de entidades públicas, que hace que los servicios pasibles de cobro de tasa se deleguen por concesión común, a costa de reducir el monto de inversiones para mantener la viabilidad de la concesión. De hecho, la falta de recursos y las limitaciones presupuestarias de la legislación de APP tiende a alentar a las entidades públicas a reservar las APP para aquellos servicios en que no haya cobro de tarifas.

Y no son pocos los requerimientos y normas presupuestarias establecidas en la legislación de APP. Además de una amplia gama de obligaciones presupuestarias que se deben cumplir para el lanzamiento del Pliego de Licitación de APP, las entidades federales solo pueden destinar cinco por ciento de sus ingresos corrientes en contratos de APP, bajo pena de perder transferencias voluntarias de la Unión y de contar con la Unión como garante de préstamos que contrajeron.

Además de las exigencias presupuestarias, la Ley General de APP estableció algunos parámetros objetivos para la contratación de APP. El primero establece el valor mínimo (R\$ 20 millones) de los contratos de APP, dejando claro que este tipo de concesión debe ser reservada para aquellos servicios cuya prestación exige una mayor cantidad de inversión o que tenga altos costos. Por otra parte, la ley limita el plazo de los contratos de APP entre cinco y treinta y cinco años. No hay mucho de racional en la limitación de este período, a menos que exista la preocupación en no comprometer *ad infinitum* el presupuesto de las entidades públicas con contratos de duración superior. Finalmente, establece la contratación de APP solo para la realización y exploración de obra pública o para la contratación de mano de obra, lo que demuestra el interés del legislador en reservar la APP a la prestación de un servicio eficaz, incluso anterior a la finalización de la obra pública.

En relación con los requisitos tradicionales de contratación administrativa, la APP ha adoptado la postura más flexible, especialmente en relación con documentos existentes con anterioridad y estudios técnicos como condición para la apertura de la licitación. Así, contrariamente a lo que sucede en los contratos comunes, en la APP es posible licitar sin que haya el proyecto básico de ingeniería o licencia ambiental previa ya emitida. Tales documentos, obligatorios en el régimen general de licitaciones, se hicieron opcionales en APP, pues podrán ser sustituidos por elementos de diseño básico y por directrices de licenciamiento ambiental. Este cambio de paradigma se justifica por las características del contrato de APP, en particular con respecto a la asignación de obligaciones y asignación de riesgos del contrato, lo que causó que el particular asumiese un papel más importante en la conformación de los elementos finales y directrices de la concesión, incluyendo la preparación de los diseños de ingeniería. Como veremos más adelante, este desarrollo encuentra todavía resistencia en los sectores más tradicionales de la jurisprudencia de los Tribunales de Cuentas.

Siguiendo con el tema de los riesgos del contrato, cubriendo posición mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia, la ley de APP ha previsto expresamente la asignación de los riesgos entre las partes contratantes. En esto, caminó mejor que la legislación de las concesiones comunes, que atribuyera la asunción de los servicios “*por cuenta y riesgo*” del concesionario. A pesar de la previsión legal, ya reconocida desde hace mucho tiempo, la ineficiencia de la asignación de todos los riesgos de la concesión al particular, sobre todo por lo vigente dispositivo constitucional⁵ que determina la obligación de garantizar el

⁵ Artículo 37º, XXI, de la Constitución Federal de 1988.

equilibrio-financiero de los contratos administrativos, garantizando el mantenimiento de las condiciones efectivas de la propuesta presentada por particular en la licitación. Ahora, para asignar todos los riesgos al concesionario, no solo sería una carga para la concesión, pues el concesionario contemplaría estos riesgos en su propuesta, como sería negar el derecho del concesionario a mantener el equilibrio económico y financiero del contrato. Por este motivo, el dispositivo legal siempre fue interpretado con cautela, en mayor o menor grado, y muchos de los contratos de concesión común acaban trayendo algún tipo de asignación de riesgos entre las partes. Al hacer esta asignación obligatoria, la APP incluye el precepto tradicional de las concesiones, ya adoptados en contratos en países con mayor experiencia en APP. La asignación de cada riesgo en el contrato para aquella parte que tenga medios más eficaces de prevenir la ocurrencia de riesgo o para mitigar sus efectos si van a ocurrir convierte la concesión más eficiente, sea por lo que resulta menos costoso, o sea por permitir que tales riesgos no comprometan la gestión contractual.

La búsqueda por la eficiencia de la concesión es objeto de dos otros temas relacionados con la regulación de APP: la remuneración relacionada al rendimiento y la distribución de beneficios económicos.

En el primer caso, se une a la remuneración de los concesionarios la calidad de los servicios prestados por él. Así, a partir de indicadores de desempeño obligatoriamente en virtud del contrato, la prestación de los servicios es constantemente evaluado, y si en la hipótesis de desempeño no se está a la altura de la prestación del servicio establecido, el concesionario sufre un descuento en su remuneración, mediante la reducción del valor de la contraprestación debida, sea la pérdida de una parte de los ingresos arancelarios. Obviamente, este mecanismo solo funciona con la correcta evaluación del desempeño del concesionario, que debe ser hecha por alguien con capacidad para hacerlo y, además, que resulte imparcial. En el primer caso, para evitar fallos en el proceso y, en el segundo, para evitar favorecer a alguna de las partes. Como una manera de viabilizar esa eficiencia e imparcialidad, los contratos de APP están prediciendo sobre todo, la figura del verificador independiente, un tercero que evaluará el desempeño del concesionario, determinando cualquier rebaja de la remuneración en virtud a la mala calidad de los servicios.

A su vez, la participación de los beneficios económicos tiene la intención de tomar ventaja de mejorar las condiciones de crédito, de modo que las ganancias en los contratos de préstamos celebrados por el concesionario serán compartidas con el otorgante, lo que resulta en una disminución en el valor de la contraprestación por concesionario. Mientras que, el vencimiento del contrato, así como la mejora de las condiciones macroeconómicas, son factores que tienden a ocurrir durante el plazo de la concesión, el compartimiento busca llevar al contrato de APP las ganancias provenientes del menor costo de capital, que fue considerado inicialmente por el particular al elaborar su propuesta para la concesión. En rigor, por lo tanto, para determinar qué parte de esas ganancias revierte al concedente, la Ley de APP en búsqueda de mantener el equilibrio del contrato. Debiéndose tener en cuenta las necesidades de reservar parte de esta ganancia para el concesionario, ya que, de lo contrario, él no se sentirá motivado a renegociar las condiciones de sus financiaciones.

Estos son, en grandes líneas, los principales puntos de la regulación de APP en Brasil. Otros, no menos importante, se describen a continuación, en el análisis de buenas prácticas en APP y de las debilidades del instituto.

III. Temas relevantes de la experiencia brasileña en APP

A pesar de sus casi diez años de existencia, todavía es incipiente el universo de APP ya contratadas y en operación. Sin embargo, es cierto que algunos temas provocan más debate y tienen mayor relevancia en la estructuración, contratación y gestión de APP. A continuación se ocupará de estas cuestiones de forma individual, resaltando los buenos ejemplos y prácticas, así como fallas y vicios, que obstaculizan la aplicación de este régimen contractual.

III.1. Alternativas de garantía de las obligaciones pecuniarias del poder concedente

Como se ha indicado anteriormente, una de las grandes novedades de la APP era la estructuración de un sistema de pagos garantizados debidos por el poder concedente al concesionario. Más allá de la tímida posibilidad de subsidios públicos disponibles en la legislación de la concesión común, las leyes de APP establecieron expresamente la estructuración de un mecanismo de garantía de las obligaciones pecuniarias del poder concedente, fundamental para el atractivo del proyecto y la disminución de sus riesgos. En este sentido, el Artículo 8º de la Ley Federal 11.079/2004 (con correspondencia en las leyes estatales y municipales sobre el tema) predijo una amplia gama de posibilidades de mecanismos de garantía, permitiendo que, en cada caso, fuera estructurado aquel mecanismo más adecuado a las especificidades del proyecto.

Entre estos mecanismos, terminó dando mucha importancia a los fondos de garantía, que son fondos creados específicamente para asignar los recursos que se utilizarán para garantizar el pago de las obligaciones asumidas por el titular (Unión, Estados o Municipios) en las APP que celebra con el particular. Sin embargo, a pesar de aparecer en todas las leyes que rigen APP, los fondos de garantía no se utilizan.

La primacía entre los mecanismos de garantías en las APP puestas ya en operación, corresponde a la asignación de los ingresos, que era más apropiado dadas las limitaciones presupuestarias y la falta de recursos pertinentes en los Estados y Municipios. Con la excepción de la Unión, los Estados y Municipios brasileños sufren con limitaciones de recursos presupuestarios, con pocos activos con liquidez y solidez necesaria para compensar el patrimonio de un fondo de garantía. En este contexto, la organización fiscal brasileña se centra en ingresos recaudados por la Unión y que son transferidos para las otras entidades federales en varias partidas distintas, la gran mayoría prevista en la Constitución Federal. Hay entonces, un gran porcentaje de recursos de Estados y Municipios como resultado de estas transferencias, obligatorias o voluntarias, de la Unión. Estas, a su vez, cuentan con mayor grado de liquidez, que pecuniarias, además de mayor solidez de ser, en algunos casos, transferencias garantizadas constitucionalmente, anulando el grado de injerencia política. Por tanto, recursos que se moldean, por su propia naturaleza, a la expectativa de lo particular en relación a la garantía de las obligaciones pecuniarias de poder concedente.

No es coincidencia, empezando por el Estado de Bahía, donde es común la estructuración de un mecanismo de garantía vinculado a la segregación y vinculación de estos recursos, que pasan a constituir, normalmente en *escrow accounts*, la garantía del pago de las obligaciones pecuniarias del poder concedente en sus contratos de APP. La estructura diseñada por Bahía ofrece la vinculación de un porcentaje de la cuota parte debida al

Estado por el Fondo de Participación de los Estados (FPE), previsto constitucionalmente y que proporciona la transferencia a los Estados de parte de los recursos tributarios recaudados por la Unión Federal. A través de la Ley Estatal específica, se destinó un porcentaje de estos recursos a la cuenta corriente específica, administrado por el Banco de Brasil, la cual, por la gestión de contratos de administración de cuentas, recibió la tarea de gestión de estos recursos y de realizar los pagos debidos a los concesionarios en las APP firmadas por el Estado. Mecanismo similar ha sido adoptado por el Estado de Pernambuco. Así como, el Estado del Río Grande del Norte, que, sin embargo, utilizó recursos de la cuota parte debida al Estado en la recaudación de *royalties* por la exploración de petróleo y derivados.

A pesar de estos ejemplos de buen ánimo, la preocupación por la estructuración de un régimen sólido de garantías, no por raro, pasa al margen de los gobiernos que estructuran APP. El propio Estado del Río Grande del Norte ya ha visto esta situación, al intentar poner la APP de la Arena de las Dunas (estadio del Mundial FIFA Brasil 2014) con una estructura de garantías ligadas exclusivamente a los bienes raíces, notablemente de poca liquidez y que, por lo tanto, terminó por disipar las partes interesadas, lo que resultó en una primera licitación desierta.

Por otra parte, hay un excesivo apego a la figura del fondo de garantía, que se amolda al fondo de garantía de la Unión (FGP), están presentes en la mayoría, si no todas, las leyes de APP estatales y municipales. El gran problema es que, en la mayoría de las veces, estos fondos no van más allá de una previsión legal, existe un precedente muy poco concreto para su implantación. En parte, esto se debe a la dificultad natural de estructuración de un fondo dentro de la Administración Pública, especialmente por su sometimiento a las reglas generales de la Comisión de Valores Mobiliarios (CVM), entidad responsable por la regulación de mercado de los fondos en el país. En otra medida, existen dificultades de la propia estructura burocrática estatal, que obstruye los mecanismos de implantación de los fondos (definición de gestor, elaboración del estatuto social, entre otras cosas). Por lo tanto, tenemos la situación en la que el mecanismo de garantía es poco, o casi nasa usado, y sin embargo, se sigue invirtiendo tiempo y estudio en su regulación, en lugar de alternativas regulatorias sobre la detención de las garantías que vienen resultando más factibles y eficaces en la práctica.

No es coincidencia que muchos Estados que tienen una ley general de APP terminaran editando leyes específicas solo para regular el mecanismo de garantía que fue finalmente aprobado por ellos o para regular mejor los fondos de garantía en las leyes de APP⁶. Estos mecanismos alternativos en normas destinadas a establecer la vinculación del flujo de ingresos de un determinado recurso estatal, por lo general derivados de las transferencias de la Unión. Así, de un lado se establece el instrumento de vinculación y segregación del recurso, siendo más habitual el uso de una cuenta bancaria segregada (*escrow account*) o, en algunos casos, un fondo de inversión, o, incluso un patrimonio de afectación de los fondos de garantía ya previstas; del otro lado, recursos donde las transferencias de la Unión tienen más seguridad son los más adoptados, destacando para las cuotas partes de los Estados y Municipios en el Fondo de Participación de los Estados (FPE) y en el Fondo de Participación de los Municipios (FPM) o incluso, del producto de recaudación de los *royalties* pagos por empresas que exploran petróleo y

⁶ Es el caso del Estado de Bahía (Ley Estatal N° 11.477/2009), del Estado del Río Grande del Norte (Ley Estatal N° 9.395/2010) y del Distrito Federal (Ley Distrital N° 5.004/2012).

otros recursos minerales. Estas parcelas tienen primacía precisamente por su liquidez y por ser de transferencias constitucionalmente previstas⁷.

Recientemente, sin embargo, con los cambios introducidos en la Ley federal de APP por Ley N° 12.766/12, el tratamiento dado a la concesión de garantías por FGP (de la Unión) en APP contratadas por Estado y Municipio. Previsto en la Ley Federal de APP, el FGP hasta ahora se ha reservado para las garantías de APP contratadas por la propia Unión Federal. Teniendo en cuenta que la Unión no contrata APP, tiene una estructura de garantía debidamente estructura y con activos líquidos y robustos, pero sin ninguna utilización. Con el nuevo permiso, Estados y Municipios que contratasen una APP que contiene la transferencia de recursos federales podrán valerse del FGP de la Unión para la garantía del pago de sus obligaciones, permitiendo a aquellos con dificultades, estructurar las garantías de sus contratos como una alternativa viable. Aunque se sabe que los procedimientos para ejecución de esta garantía tienden a ser prolongados, hay un gran avance en traer los recursos disponibles a Unión para actuar como garantía en contratos de APP firmados por Estados y Municipios, sobre todo se sabe tanto de la falta de recursos de otras entidades federales como de la poca aceptación del modelo de APP en la esfera federal.

III.2. Condiciones de financiamiento

Dando el elevado volumen de inversiones necesarias a su consecución, la APP está estrechamente relacionada a la condiciones de obtención de crédito, teniendo en vista la racionalidad económica-financiera en no comprometer un gran volumen de capital propio en estas inversiones. Conscientes de esta circunstancia, la legislación de APP y, posteriormente, también la de concesión común – trajo algunos elementos de mitigación de la percepción de riesgo de los contratos de APP, confiriendo derechos hasta entonces inexistentes a los financiadores de los inversores que contratan con la Administración.

Hay, en este sentido, el derecho a la Asunción del control del concesionario por sus financiadores (*step-in*), a través del cual pueden prevenir cualquier mala gestión del concesionario que comprometa irreversiblemente su condición económico-financiera y la calidad de la prestación de los servicios, ambos factores que podrían implicar en la extinción anticipada del contrato y en la dificultad en obtener la rentabilidad esperada con el financiamiento. La ley previó, también, la posibilidad de pagos debidos por el poder concedente al concesionario de ser hechos directamente a sus financiadores, evitando el riesgo de pérdida de recursos que podrían servir a la amortización de los importes financiados. Estos factores, sumados a las externalidades positivas de la mitigación del riesgo encontradas en otros puntos de la regulación de APP, crearon un ambiente más propicio a la concesión de crédito necesario a la realización de las inversiones en APP y, que en general, no encuentran mucha resistencia a su implementación en los contratos ya firmados y en los proyectos aún en estudio.

⁷ Vale la pena mencionar que, por coincidencia, los criterios de distribución de estas dos modalidades de transferencias de fondos federales (FPE/FPM y *royalties*) son actualmente debatidos en el Congreso Nacional. Sin embargo, como se sabe que la discusión se mueve exclusivamente en el porcentaje de préstamos a cada Estado o Municipio, y no en la obligación de transferir, la utilización de estos recursos como garantía de APP no sufrió ningún impacto.

Es, además, una característica inherente a la APP, como está diseñada en otros países, la estructura de *project finance*, esto es, de hacer valer de los flujos de recursos e ingresos del propio proyecto como garantía de la inversión a realizar en el mismo. De hecho, no solo por los factores anteriores, pero, especialmente, por proporcionar una garantía de las obligaciones pecuniarias del poder concedente, la legislación brasileña de APP adoptó una postura favorable a la adopción del *project finance* en un intento de reducir los costos incidentales del proyecto, que con el tiempo volverá a un mayor costo para el poder concedente, que incorpora el valor de la contraprestación pública debida.

Sin embargo, si el ambiente es favorable a la concesión de crédito, el mercado de financiamiento para infraestructura en Brasil es especialmente peculiar por el dominio ejercido por el Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social – BNDES – banco de desarrollo federal que, por sus propias características y objetivos, es capaz de ofrecer condiciones más favorables en la concesión de préstamos. Estas condiciones hacen en última instancia el BNDES la opción más ventajosa en términos de costo de capital involucrado en la obtención de financiación por los inversores, sobre todo porque se trata de un costo significativamente más bajo de deuda.

Sucede que, aún, el reglamento del BNDES para la concesión de financiamiento en infraestructura representa un paso atrás en términos de la intención de la APP en estimular el *project finance*. Esto es debido a que el banco requiere a menudo, junto con la garantía del propio proyecto, garantías adicionales, usualmente demandando a la prestación de una garantía corporativa del inversor. Esta exigencia eventualmente agota el *project finance*, siendo que la concomitancia con garantías usuales del mercado financiero acaban por proscribir muchos de los beneficios del *project finance* al encarecer el costo de la deuda y por lo tanto el costo final de la APP.

Esta dicotomía entre las pretensiones de la APP y las condiciones de financiamiento del BNDES siempre fue un punto sensible en la realidad de las APP brasileñas y, sensible a la cuestión, la Unión, controladora del BNDES, acaba de anunciar – por el momento, solo para las concesiones viales – nuevas condiciones de financiamiento por el BNDES, de las cuales se destaca la posibilidad de la concesión del crédito sin necesidad de garantía corporativa, admitida solo a la garantía existente en su propio proyecto. Aprovechando esta nueva directriz, y considerando su expansión a otros sectores de infraestructura, es sensible el beneficio al escenario de concesiones nacional, con condiciones más eficientes de financiamiento.

III.3. La ampliación de servicios delegables

Uno de los méritos de la APP es, sin duda, la viabilidad de la delegación de servicios que hasta ahora son condiciones de ser otorgadas al particular. La construcción de la concesión común en la legislación brasileña está amparada en los ingresos arancelarios como condición de su viabilidad. Y aunque prevista la posibilidad de subsidios públicos, sin instrumentos adecuados de garantía, prevaleció el entendimiento de que las concesiones solo pueden existir en los servicios pasibles de cobros de tarifas de sus usuarios (por ejemplo: carreteras, saneamiento, telecomunicaciones, electricidad, entre otros). Además, incluso en los casos en que era posible el cobro de tasa, la concesión no era viable, pues la inversión necesaria a la prestación de servicio exigía un valor de tasa incompatible con el poder económico de los usuarios o con políticas públicas específicas.

Al incorporar la contraprestación pública a la concesión, esto es, al permitir no solo el pago de recursos del poder concedente, y también mecanismos de garantía de este pago, la APP convirtió la viabilidad económico-financiera de la concesión menos hermética, alejando de la exclusividad de los ingresos arancelarios. Con esto, se permite no solo la delegación de servicios sin cobro de tarifa (concesión administrativa), como la delegación en que coexistan tarifa y contraprestación (concesión patrocinada), lo que permite la racionalización del costo tarifario, incorporando los ingresos de la contraprestación.

Este nuevo escenario permitió la expansión significativa de los servicios objeto de concesión, empezando por aquellos en que la propia Administración es usuaria directa. Es este aspecto, ya hay ejemplos de APP exclusivamente para servicios burocráticos de la propia Administración, como es el caso de la construcción y funcionamiento de centros administrativos, edificios en que se concentran los distintos órganos y entidades de la administración pública⁸. La intención, en estos casos, es conferir mayor eficiencia al concentrar servicios y obras usualmente contratadas de modo segregado, o que causa pérdidas de escala y una gestión más compleja, involucrada en diversos contratos. Además, es preciso considerar que tales servicios, al ser contratados por el régimen general, se sométanse a limitaciones de plazo (12 meses, ampliable hasta 60) y presupuestaria que impiden la realización de inversiones necesarios para su mejora. Tiene, como regla general, la prestación de servicios sin ninguna inversión en condiciones más eficientes o en la mejora de la calidad general. Cuando, en la APP, tiene un plazo más alto y un escenario de estímulo y protección a la inversión, la Administración puede contar no solo con la mera prestación, sino también con la realización de inversiones que optimicen los servicios prestados por particular.

Otra cuestión que se ha estado aprovechando de la APP es la prestación de servicios de intermediación para servicios prestados por la Administración. Aquí, la prestación final al usuario continua con la Administración, pero la realización de inversiones y la prestación de servicios auxiliares se delega al particular a través de una concesión administrativa. Dos buenos ejemplos son las APP del Sistema Productor del Alto Tietê, realizada por SABESP⁹ y del Sistema de Disposición Oceánica de Jaguaribe, patrocinado por EMBASA¹⁰. Ambos casos se refieren a los sistemas de saneamiento, respectivamente en los Estados de São Paulo y de Bahía, en los cuales las empresas estatales encargadas de la prestación de los servicios delegaran la ejecución de obras de infraestructura y la prestación de servicio auxiliar en particular, manteniendo por sí mismos la prestación de los servicios finales de recogida y tratamiento de aguas residuales. En ambos casos, la estructura de garantías se amparó en cuentas por cobrar de estas dos empresas, que surgen precisamente de los ingresos arancelarios futuros adquiridos con la prestación de los servicios por las empresas estatales.

Finalmente, tal vez las mejores perspectivas para la APP se derivan de su utilización para la prestación de servicios de carácter "social", así entendidos como los servicios de asistencia a la salud y de educación. Estos servicios requieren recursos constantes de Administración, y no por casualidad, representan una importante carga para los presupuestos públicos. Esta disponibilidad de recursos, sin embargo, no se ha invertido,

⁸ Assim, além de alguns exemplos municipais, o Centro Administrativo do Estado de Minas Gerais, já em operação, e o Centro Administrativo do Distrito Federal, em obras.

⁹ La empresa de suministro de agua e tratamiento de aguas residuales del Estado de São Paulo

¹⁰ La empresa de suministro de agua e tratamiento de aguas residuales del Estado de Bahia.

tradicionalmente, en servicios de calidad. Por otro lado, estos servicios suponen la gratuidad de su prestación, que no es posible el cobro de tarifas de sus usuarios, lo que cada vez restringe la posibilidad de delegar en los demás. Con la flexibilidad que se ofrece por la contraprestación de la viabilidad económico-financiera de la concesión, prescindiendo de tarifa, fue posible delegar la construcción y operación de los servicios de asistencia a la salud y servicios educativos, contemplando la totalidad de los servicios, o solo los servicios de apoyo. No es coincidencia que uno de los mercados más rentables en APP es el de hospitales, sea con la prestación integral, incluyendo servicios asistenciales y de apoyo, o sea solo con servicios de apoyo¹¹. Ya en funcionamiento, el Hospital del Suburbio (en Salvador/BA) ha servido de inspiración para una serie de nuevos proyectos, en parte por los reconocidos – internacionalmente, incluyendo – servicios de calidad. Por otra parte, acaba de ser firmado, en Belo Horizonte, la primera APP para prestación de servicios educacionales de la red escolar municipal, delegando al particular la obligación de construcción de nuevas unidades, el suministro de mobiliario y equipo y la prestación de servicios de apoyo. La tendencia, vale la pena la espera para mejora de los servicios, y es que también las APP en educación pasan a ser adoptadas por Estados y Municipios.

Un dato interesante en el escenario de las APP brasileñas dice que la mayoría de concesiones existentes son las administrativas, existiendo un número bastante reducido de concesiones patrocinadas. Con excepción de algunos ejemplos en el sector de saneamiento y carreteras, el mayor número de APPs contratadas o en estudio son concesiones administrativas. Aunque legalmente no hay un factor beneficioso para el modelo de concesión administrativa, no es irrazonable suponer que esta situación se debe a las limitaciones presupuestarias relativas a la contratación de APP.

Como se ha visto anteriormente, la contratación de APP se somete al atendimento de una serie de requisitos presupuestarios, enfocando todavía una restricción del compromiso de ingreso corriente neto de las entidades federales con contratos de APP. Esta situación, induce a elegir por la concesión común en los casos en que es posible el cobro de tarifa, optando la entidad pública por la reducción de inversiones o de obligaciones para que la concesión se viabilice solo con los ingresos arancelarios. Con esto, se liberan recursos y restricciones presupuestarias para la contratación de APP. No es coincidencia que, durante el cambio del modelo inicialmente propuesto para una concesión que, en el recorrer de su estructuración, cambia de concesión patrocinada a una concesión común, promoviendo una racionalización de costos que viabilice el proyecto solo con los ingresos arancelarios.

III.4. Asignación de riesgos

El tema de asignación de riesgos en los contratos administrativos brasileños siempre ha sido el tema de mucho debate en vista de los extremos a los que el tema es tratado en la legislación vigente. Así, mientras los contratos del régimen general (regulados por la Ley Federal N° 8.666/93) parten de la asunción de la mayor parte de los riesgos por la Administración – mucho en virtud de esta concentración de casi la totalidad de los actos preparatorios del contrato: modelos de ingeniería, modelos económicos-financieros, etc.

¹¹ Además del Hospital del Suburbio, ya contratado el Hospital Metropolitano de Belo Horizonte (MG) y, en estudio: hospitales del Municipio de São Paulo, Hospital del Servidor de São Paulo y diversos otros hospitales en Río de Janeiro, Distrito Federal, Bahía, Mato Grosso, Río Grande del Norte, Amazonas y Ceará.

– la Ley N° 8.987/95, que regula las concesiones de servicios públicos comunes trae una disposición que siempre despertó unos acalorados debates, al determinar que la asunción del servicio delegado se da por cuenta y riesgo del concesionario, lo que, en la práctica, ha llevado al entendimiento de que los riesgos de la concesión serían todos del concesionario.

En este escenario de antagonismo extremo, los contratos del régimen general siempre constituirán un problema a la Administración, que se enfrenta constantemente con pedidos de recomposición contractual recurrentes de errores u omisiones de las premisas contractuales así elaboradas. Asimismo, aquellos que defienden la asignación integral del riesgo para el particular en la concesiones comunes no niegan las inconveniencias de este modelo, pues siendo así, la actividad de las concesiones será casi nula, teniendo en vista la percepción del riesgo demasiado costoso.

Hoy, cuando completan 20 años de la Ley General de Licitaciones y Contratos y 18 años de la Ley de Concesiones, el debate que siempre hubo respecto de los errores del extremismo adoptado por cada uno de estas disposiciones culminó en los intentos legislativos de corrección de ruta. Así, el llamado Régimen Diferenciado de Contrataciones (RDC) trajo un nuevo sistema de contratos comunes, mitigando la concentración de los actos preparatorios en la Administración, con la delegación al particular de la tarea de elaboración de los proyectos de ingeniería y estimativas presupuestarias, que, por consiguiente, cambió la lógica de asignación de riesgos. Por otro lado, la repartición de riesgos que ya era adoptada en las concesiones comunes, a partir de una interpretación más flexible de la disposición legal que atribuye a la delegación del servicio por cuenta y riesgo del concesionario, fue expresamente consagrada en la legislación de APP, que estipulaba la repartición de riesgos entre poder concedente y concesionario como uno de los preceptos de la APP.

En esto, la legislación brasileña siguió las directrices de la normativa vigente en otros países, que supone la distribución de los riesgos contractuales como uno de los presupuestos de eficiencia de la APP. A partir de ahí, los proyectos de APP nacionales fueron acompañadas por matrices de riesgo específicos, en los que los riesgos de cada contrato deben ser identificados y asignados tan eficazmente como una manera de prevenir su ocurrencia o, en el peor de los casos, de mitigar sus efectos cuando el riesgo se materializa. Sin embargo, lo que la práctica ha demostrado es que la elaboración precisa de la matriz de riesgo no siempre se hace presente en la estructuración de los proyectos de APP. La cuestión, aquí, no es la ausencia de matriz *per se*, sino la existencia de matrices preparadas sin la debida precaución y sin analizar profundamente las particularidades de cada proyecto.

Lamentablemente, la poca maduración de la estructuración de proyectos de APP en el país todavía hace que, no pocas veces, las matrices sean elaboradas a la imagen y semejanza de modelos preexistentes, incorporando riesgos y sus respectivas asignaciones sin la debida precaución de verificar su adecuación al caso concreto. Lástima que, el riesgo es frecuentemente confundido con el incumplimiento de obligaciones contractuales, que transforma la matriz en una especie de tabla para reafirmar las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de cada parte, ignorando riesgos mucho más relevantes y que dejan de ser contemplados en los contratos.

A pesar de algunos tropiezos, el hecho de tratar de asignar los riesgos de una APP de modo más eficiente ya trae beneficio al tradicional juego de fuerzas entre Administración y el particular por ella contratado. En ese sentido, las matrices ya elaboradas se refuerzan en la división por grandes grupos de riesgos (proyecto, licitación, ingeniería, mercado, institucional, ambiental y jurídico) y la asignación de riesgos para cada una de las Partes Contratantes. Por último, es habitual establecer los medios para mitigar estos riesgos, los cuales van a alcanzar los objetivos de la matriz de riesgos, que se refleja en los documentos de contratación. Así, también, aún existe la necesidad de mejorar, porque aun cuando existiese la matriz de riesgos, no es raro, que los mecanismos de mitigación de riesgos no sean debidamente incorporados al proyecto, lo que, en la práctica, vacía la utilidad de la matriz de riesgos.

Otro punto relevante en la asignación de riesgos de la APP se condice con el cambio de paradigma provocado por la repartición de los riesgos en instrumentos usuales de fiscalización contractual. En efecto, en los contratos de régimen común, la asunción integral de riesgo por la Administración hace que exista un conjunto sólido de mecanismos de fiscalización de la ejecución contractual, que de alguna manera evita distorsiones en los contratos. Sin embargo, en la mayoría de los casos, estos mecanismos, por su carácter demasiado hermético e intrusivo, suelen causar obstáculos a la ejecución del contrato, cuando no impiden efectivamente su ejecución. Especialmente el control sobre la ejecución de obras, se hizo frecuente a la realización de mediciones que no siempre se hacen con la rapidez e imparcialidad esperadas, y termina poniendo en riesgo. Por otro lado, un mayor control sobre el presupuesto de la obra resultó ser un mecanismo que la Administración – y, principalmente sus órganos de control – se utiliza para incorporar a la APP elementos característicos del régimen tradicional, lo que compromete la solidez del sistema de riesgos y de ejecución de las inversiones en la APP. Ya surgen precedentes peligrosos de restricciones hasta la liberación de recursos financiados por el cobro de documentos e informaciones que poco o nada añaden al control que debe existir en una APP.

Se debe procurar eliminar esta coyuntura de desconocimiento y prejuicio que todavía existe en algunos sectores para permitir que la APP sea contratada y ejecutada en los términos exactos de su reglamento, además, muy distinta de la que se rige por los contratos tradicionales de la Administración.

III.5. Los mecanismos de estímulo a la estructuración de proyectos

El creciente interés en APP, tanto por el poder público como por la iniciativa privada hizo florecer un antiguo mecanismo, ya previsto en la legislación de las concesiones comunes desde 1995, pero que se ha utilizado poco. Se trata de la participación privada en la estructuración de proyectos de concesiones, autorizada por la interpretación en conjunto por las Leyes Federales N° 8.987/1995 y N° 9.074/1995, que, al contrario de la restricción considerada en la legislación de los contratos administrativos tradicionales, permite la participación en la licitación de los responsables por los estudios y proyectos que resultaran en el origen a la contratación. Inclusive, permite que el particular que preparó los estudios sea remunerado por el ganador de la futura licitación. Tal previsión, por supuesto, trae consigo un gran beneficio para la contratación de concesiones, dados los costos y recursos necesarios para la estructuración de una concesión, algo que no está siempre a disposición de la Administración. Más que esto, la apertura a

la participación de la iniciativa privada permite absorber conocimientos y experiencias específicas, ausentes en la estructura de la Administración.

Sin embargo, los beneficios de este mecanismo no han dado lugar a su adopción, al menos no hasta la llegada de la APP. No se sabe a ciencia cierta la razón para la escasa experiencia en la estructuración privada de concesiones comunes, pero el hecho es que a partir de la institución de la APP, el volumen de proyectos estructurados por particulares se ha vuelto común, siendo muy utilizado por Estados y Municipios en la estructuración de sus proyectos de APP. Con el avance del mecanismo, los estados y municipios empezaron a modificar los actos normativos con el fin de regular el procedimiento para la presentación de proyectos por parte de particulares: el llamado “procedimiento de manifestación de interés”, o simplemente, PMI¹².

Comúnmente, la regulación de la PMI parte de reglas que destinan el mantenimiento de la isonomía entre los particulares, al abrir la estructuración del proyecto para el mayor número de interesados, estableciendo todavía algunos criterios para elegir un determinado estudio en detrimento de los demás. En algunos casos, la regulación de la PMI fue más allá y acabó estableciendo pliegos estándares, restringiendo la libertad de la Administración en la conducción del procedimiento y en la elección del estudio(s) ganador(es).

Cabe señalar que el éxito obtenido con la PMI – después de todo, aumentó significativamente la base de datos de proyectos a disposición de la Administración – puede sufrir algún contratiempo con un creciente control sobre el procedimiento. Hay, sobre todo por parte de las consultorías jurídicas (procuradurías) de Estados y Municipios un movimiento en el sentido de acercarse la PMI de una licitación, que imponen reglas y procedimientos propios para la contratación administrativa. Esta iniciativa no solo ignora la “informalidad” que es intrínseca a la PMI, lo peor es que trae un obstáculo que puede impedir la continuación y terminación de la PMI, al imponer un conjunto de reglas y procedimientos extremadamente burocráticos y que dan margen al aumento de conflictos y la interferencia indebida de los mecanismos de control de las licitaciones. Sin embargo, gran parte del éxito de la PMI se debe a la informalidad observada en los procedimientos ya ocurridos, en el que la preocupación de la Administración debe estar en la correcta análisis de los estudios presentados, para que se pueda elegir aquel o aquellos, que mejor responda a las necesidades de la Administración y que reflejen de modo más adecuado las características del proyecto. No hay – o, por lo menos, no ha existido – en la PMI cualquier vínculo formal entre Administración y particular y era consenso que la misma apertura oficial de una PMI no genera cualquier derecho al particular – salvo para ser pagadas en caso de futuras licitaciones que ha aprovechado el estudio que fue presentado – y tampoco ninguna obligación de la Administración, incluyendo la contratación de este proyecto estudiado. En otras palabras: todo se resumía a la manifestación del interés que los particulares presentasen, por su cuenta y riesgo, en proyectos de concesiones que podrían, o no, ser aprovechados por la Administración. En la hipótesis de aprovechamiento, el particular podría participar de la licitación y, en caso que no tuviera éxito, aseguraría el reembolso de los costos de la elaboración de los estudios, a cargo del ganador de la licitación.

¹² Algunas regulaciones adoptan la terminología Manifestación de Interés de la Iniciativa Privada (MIP).

Además, pasa a interpretárselo con un parámetro incorrecto, por lo que puede caer en el riesgo de traer a la PMI los instrumentos de control y fiscalización de la licitación, totalmente innecesarios en este particular. Por último, la existencia de reglamentos detallados y herméticos pone a todos los proyectos en la misma cesta, ignorando que entre el universo de objetos pasibles de concesión, hay peculiaridades que deben ser contempladas en su estructuración. No tiene sentido, en este punto, establecer un plazo único estándar para la preparación de estudios, un proyecto de concesión vial *brownfield*, por ejemplo, requerirá un tiempo mucho más corto que la estructuración de una concesión de metro *greenfield*; un proyecto con más inversiones requiere una estructuración financiera de costo y garantías mucho más complejas. Así las cosas, si la intención es la de regular la PMI, estos actos normativos deberían atenerse exclusivamente a los aspectos básicos del procedimiento (forma de entrega de documentación, competencia para analizar y aprobar los estudios, mecanismos de publicidad del procedimiento, divulgación de las expectativas de la Administración en relación a los futuros estudios, entre otros), sin importarle que detallen las condiciones para la elaboración de estudios y aún menos burocratizando lo que por naturaleza es mucho más simple.

Es preciso comprender que el fetiche estándar de algunos sectores de la Administración y de órganos de control no tiene lugar en el universo de la estructuración de proyectos de infraestructura. Ignorar las particularidades de cada proyecto para establecer reglas y procedimientos comunes a todos, es extremadamente perjudicial para el propio proyecto, que solamente será exitoso si se identifica y confiere un tratamiento específico a sus propias características.

El escenario futuro de la PMI, por lo tanto, todavía es incierto y, mientras prevalece el mal entendido que de hecho, orienta este instituto, habrá intentos equivocados de regularlos de forma perjudicial. El riesgo de tornar la PMI una licitación con *standards* detallados termina por eliminar su flexibilidad, algo beneficioso por servir de estímulo a la presentación de un número mayor de estudios por particulares.

Y cuando se vuelve a las alternativas para la estructuración de proyectos, se ve como la PMI es útil y debería ser estimulada. Sin ella, queda a la Administración valerse de su propia estructura, conocidamente carente de recursos para la estructuración de proyectos; o, entonces, valerse de los servicios de terceros contratados por ella, lo que eleva el costo de remuneración y el retraso esperado en la definición del responsable por el estudio, que deberá ser elegido por medio de licitación. Por último, existe la posibilidad de una alianza con las instituciones de desarrollo (BNDES, IFC, Banco Mundial, JBIC), hecho que no siempre es posible por las condiciones impuestas por estas instituciones, que, además, obstaculizan la libertad de la Administración en la configuración del proyecto a sus necesidades.

La esperanza es que toda esta discusión sea una consecuencia natural del proceso de maduración de la PMI, aún en la coyuntura nacional. Pasada la sospecha inicial sobre las características del instituto, se espera que el control que sobre él se pretende colocar, se convierta más racional y pase a considerar las premisas esenciales al éxito de la adopción de la PMI.

IV. Las alteraciones de la Ley Federal N° 12.766/2012

Recientemente, la legislación APP sufrió su primera gran actualización con la promulgación de la Ley N° 12.766/2012, que modificó puntos relevantes de la legislación existente. De modo general, dicha actualización salió de los problemas experimentados en la estructuración de proyectos, principalmente por Estados y Municipios, y que dificultaban la contratación de un número mayor de APP. Ha tratado de resolver, especialmente los problemas relacionados con los costos de contratación y estructuración del mecanismo de garantía, además de los cambios puntuales que confirmaran el esclarecimiento de dudas interpretativas del texto original.

A continuación, un breve resumen de los puntos principales de las nuevas reglas de APP.

IV.1. El “aporte” y el intento de optimizar el costo de la APP

La principal innovación de la Ley N° 12.766/2012 es la creación del llamado “aporte”, que, no es más que el pago realizado por el poder concedente a título de compensación por las inversiones realizadas por el concesionario en la implantación de la infraestructura necesaria a la ejecución de los servicios. Siendo cierto que buena parte de las APP demandan la ejecución de una obra pública o la adquisición de equipos, ambos vinculados a un volumen considerable de inversiones, gran parte del costo de la APP reside en la amortización de estas inversiones (*capex*), diluidos en el valor de la contraprestación pública.

El aporte, entonces, surgió como una nueva figura dentro del contrato de la APP, para reflejar los valores pagados al concesionario por la realización de las inversiones. Sin embargo, mucho más de una mera separación terminológica de los pagos debidos por el poder concedente, la regulación del aporte visó la corrección de algunos de los mayores equívocos de la legislación de APP, referentes a los aumentos innecesarios del costo de capital y del costo tributario de la APP. Nos explicamos.

En el régimen anterior al aporte, en virtud *caput* del Artículo 7° de la Ley N.º 11.079/2004, el concesionario era obligado a realizar todas las inversiones necesarias y sólo podía llegar a recibir la contraprestación cuando proporcionara la infraestructura necesaria a la prestación del servicio. Nunca se supo bien la lógica de este dispositivo, pero es evidente que su existencia pone de manifiesto un remanente del régimen tradicional de los contratos administrativos, en los que es común encontrar el abandono o retraso en la ejecución de las obras, después de la realización de parte de los pagos por la Administración Pública. Tal vez en un intento de evitar el mismo problema en los contratos de APP, el legislador construyó la valla para la recepción de la contraprestación antes de finalizar la ejecución de la infraestructura.

Sin embargo, el legislador se ha olvidado de que esta prohibición no solo es incompatible con la realidad de la APP, sino que también implica un aumento del costo de capital del proyecto, lo que convertirá la APP más costosa al poder concedente. En el primer caso, la preocupación por el abandono o el retraso de la implementación de la infraestructura no está justificada en la APP. Pronto, sin completar el paso anterior, al concesionario se le impide la prestación del servicio y, por tanto, obtener la receta y la rentabilidad esperada con la concesión. Además, como será su responsabilidad el mantenimiento de

la infraestructura, será también el concesionario el mayor interesado en la calidad de la implantación, en la que tiende a tener un menor coste de mantenimiento. Así que no hay ningún sentido en traer para la APP un problema típico del régimen contractual general y que no se verifica en las especialidades del régimen específico de la APP. El sello en discusión conlleva un aumento innecesario del costo del capital del concesionario, que tendrá de realizar todas las inversiones antes de obtener cualquier resultado con la APP.

Esta situación provoca en la APP mayor costo en la obtención de financiamiento o del costo de comprometimiento de *equity* del concesionario, en ambos casos, mejorados por el aumento de la percepción de riesgo del proyecto y por el desequilibrio del flujo de caja del concesionario, que deberá operar en forma negativa hasta la finalización de todas las inversiones. Esta situación es aún más grave en la realidad de las grandes inversiones y el tiempo necesario para la realización de estas, propio de los contratos de APP, lo que solo carga aún más el costo del contrato. Obviamente, este aumento equivocado de los costos reflejará en el valor de la contraprestación pública, haciendo la APP más costosa al poder concedente.

A su vez, existe en el sistema tributario nacional una lógica perjudicial a los costos de la APP. Teniendo en cuenta la incidencia de tributos sobre la remuneración del concesionario, tiene la tímida situación en que, al menos en los tributos de competencia de las entidades públicas contratantes, habrá mero flujo de fondos en la tesorería de la entidad, una vez que el monto recaudado con los tributos cobrados del concesionario se invertirá en el pago de la contraprestación, que reflejará el costo tributario. Es decir, el poder público paga por un lado, para recibir por otro. Por más absurdo que esta situación es, todavía hay muy poco en términos de medidas legislativas para corregir la distorsión del régimen tributario de las APP y, con excepción de pocas iniciativas de exención de los tributos de competencias de entidades públicas contratantes, el costo tributario de la APP aún es muy alto.

Estaba destinada a eludir el incremento de estos dos costos que la regulación del aporte apareció. Con respecto al costo de capital, las nuevas regulaciones permitieron que el aporte se pagara a los concesionarios en concomitancia con la realización de las inversiones, el contrato debería establecer hitos de la evolución de las inversiones que permitirán la liberación parcelada del aporte. Con esto, se racionalizó el costo de capital, que con el recibimiento de ingresos durante la realización de inversiones, el concesionario se somete a un riesgo más bajo, además de lograr trabajar con un flujo de caja más eficaz.

Ya en relación al costo tributario, la regulación del aporte previó beneficios fiscales en relación a algunos tributos de competencias federal, para que, a partir de premisas contables ya existentes en el régimen fiscal brasileño, el aporte pueda, al fin y al cabo, seguir siendo exentos de cobros de impuestos sobre la renta y ganancias, así como la posibilidad de diferir el pago de algunos otros tributos federales. La medida representa una significativa contribución de la Unión para los Estados y Municipios, ya que representará pérdida de ingresos federales a favor de la mayor racionalización de los costos de la APP. Siendo cierto que la APP existe en Brasil en virtud de acciones de los Estados y Municipios, nada más justo que la Unión les exime de los costos con tributos federales, por lo menos en relación a los recursos destinados a la implementación de la infraestructura pública.

Vemos, entonces, que el aporte representa mucho más que la mera segregación de los ingresos debidos al concesionario por el poder concedente. Más bien, es un instrumento de racionalidad de los costos de la APP y que, por otra parte, establece algo que era lógico, pero que aun así estaba fuera de la regulación de la APP: las inversiones en infraestructura pública regresan al propio poder concedente, pues esta infraestructura regresa al poder concedente al término de la concesión. No hay lógica en gravar al concesionario (con el costo de capital) y al propio poder concedente (con el costo tributario) y, así, aumentar significativamente el costo global de la APP, impidiendo la contratación de un número mayor de proyectos por una inviabilidad económico financiera puramente artificial.

Sin embargo, a pesar de las buenas intenciones del legislador, es innegable que la nueva redacción de la ley general de APP todavía despierta dudas relevantes sobre el alcance de los beneficios tributarios del aporte, en particular en relación con el momento de la contabilidad – y, por lo tanto, de recaudo – de algunos tributos federales. No está claro cómo – y cuando – algunos tributos deben ser recaudados por el concesionario, esto representa una enorme incertidumbre de los inversores, sobre todo cuando se sabe que, en materia tributaria, el posicionamiento de la *Receita Federal* tiende a ser definitivo, como no podría dejar de ser, tiende a ser favorable a las autoridades fiscales. Además de esta incertidumbre, extremadamente indeseable en términos de regulación de la APP, es consenso que el aporte fue inferior a las expectativas en términos de racionalización del aspecto tributario de las APP. Se esperaba que la legislación fuera más firme, clara y completa en cuanto a los beneficios tributarios que tratan de lograr una mayor racionalidad a la incidencia tributaria sobre los ingresos del concesionario. Intentó conferir beneficios a través de los procedimientos contables en vez de darle el beneficio más directo y menos susceptible a las preguntas o a algunas peculiaridades que eventualmente pueden mitigar sus efectos beneficiosos sobre la APP.

En cualquier caso, es innegable el progreso logrado con el aporte, que, al menos, es un primer paso en la búsqueda de exoneración de los costos de la APP. Se espera que, con la evolución en la aplicación de este instituto, nuevos avances puedan surgir, incluyendo con nueva alteración legislativa para modificar el beneficio tributario de manera más evidente y completa.

IV.2. La optimización y ampliación de los mecanismos de garantía

Otro punto relevante en la reforma reciente de la legislación de APP es aquel relativo a la tentativa de optimizar y ampliar los mecanismos de garantía del pago de las obligaciones pecuniarias del poder concedente. Así, la nueva legislación actuó en dos campos distintos: de un lado, convirtió más eficaz el procedimiento de ejecución de la garantía, estableciendo plazos más cortos y obligaciones más estrictas a las entidades públicas responsables por la liberación de los recursos constituidos en garantía; del otro, amplió la utilización del fondo de garantía de APP de Unión (FGP) para servir a la garantía de APP contratadas por Estados y Municipios y que cuenta con fondos federales.

En el primer caso, la ley se ocupó de la disciplina de los procedimientos de ejecución de la garantía, una vez verificado el incumplimiento del pago debido por el poder concedente. En este punto, más allá de la disciplina más estricta de las obligaciones y responsabilidades de los agentes públicos involucrados en este procedimiento, incluso con la posibilidad de sanciones administrativas en las hipótesis de desidia o incumplimiento de las obligaciones que caben, la ley previó plazos más razonables para que puede ejecutarse la garantía

y, dentro del procedimiento respectivo, para las diversas providencias que tienen lugar. Con esto, la ley hizo más rápido y eficaz el procedimiento de satisfacción del crédito del concesionario, disminuyendo la percepción de riesgo de la APP.

Asimismo, la utilización del FGP como instrumento de garantía de APP estatales y municipales, como ya analizados, constituye un significativo avance en uno de los puntos focales de la inviabilidad de la APP: la falta de recursos y mecanismos eficaces de garantía en muchos de los Estados y Municipios brasileños. Con la capacidad de estas entidades para hacer uso de la FGP como forma de viabilizar el mecanismo de garantías de sus proyectos de APP, es de esperar la contratación de una serie de APP hasta entonces inviables por este factor.

IV.3. El aumento del límite de compromiso presupuestario

Una última modificación de la Ley N° 12.766/2012 fue el aumento en el límite de la participación de los ingresos corrientes (RCL) de los Estados y Municipios con gastos en contratos de APP. Existente desde la promulgación de una legislación general de APP, el límite de compromiso de la RCL de las entidades federales tiene la intención de restringir el endeudamiento de Estados y Municipios con contratos de APP, en línea con los principios de responsabilidad fiscal ya existentes en el país.

El límite legal no impide la contratación de APPs por encima del porcentaje de compromiso establecido, pero, impide la concesión de garantías por la Unión, así como las transferencias federales voluntarias, lo que termina, en la práctica, impidiendo la contratación de APPs por Estados y Municipios con el compromiso de RCL superior al límite legal.

Sin embargo, a pesar de las buenas intenciones del límite legal, es el hecho de que, desde el comienzo, el porcentaje del compromiso de la RCL es criticado por ser demasiado restrictivo, se ha fijado inicialmente en 1% de la RCL y posteriormente se expandió para 3%. La Ley N° 12.766/2012, por otra parte, amplió de nuevo el límite para 5% de la RCL. Con ello, dando un estímulo para los estados y municipios que, o habían contraído APP cerca del límite anterior, o bien no tenían ninguna APP en estudio por tener una RCL baja, impidiendo la realización de los inversiones necesarias en una APP.

Mientras que el simple aumento en el límite del compromiso es un estímulo a la contratación de APP, todavía hay algunos puntos relativos a la interpretación de la declaración de gastos dentro de los límites del compromiso. Teniendo en cuenta la construcción legislativa sobre el tema, hay algunos puntos que plantean preguntas sobre lo que puede o no puede ser considerado como un gasto originado en un contrato de APP y; por lo tanto, comprometer el volumen de compromiso de la RCL. Por nuestra parte, entendemos que la decisión lógica de la imposición de una restricción de presupuesto para la contratación de APP no le sienta bien a una interpretación más estricta del ámbito de aplicación del marco jurídico. Si la intención es proteger el presupuesto público, no parece razonable hacerlo a través de impuestos demasiado restrictivos, más allá de lo que debería ser la preocupación legal. Las inversiones en infraestructura necesarias para APP, por ejemplo, no son gastos corrientes y que pongan en peligro el presupuesto público durante varios años. Más bien, se trata de inversiones en activos del poder público y que ahora con la figura del aporte, tienden a ser amortizados en forma concomitante con estas inversiones.

V. Perspectivas

En esta primera década del APP en Brasil, se puede ver buenos proyectos y buenas ideas que surgieron a raíz de la legislación todavía abiertos a mejoras, algunas de ellos siendo desplegados recientemente. Más que esto, la APP representa una nueva realidad en la prestación de algunos servicios públicos que, hasta ahora, se basaban, exclusivamente, en la prestación directa por parte del gobierno.

A pesar de cierto progreso evidente en los servicios (hospitales, saneamiento y servicios burocráticos), la APP se sigue viendo con recelo por muchos, en gran medida por una cuestión ideológica, fruto de la vieja discusión sobre la conveniencia de delegación de servicios públicos a los privados. Esta ideología está detrás del intento de verificar – recientemente, con más intensidad – e incorporar elementos anacrónicos e incompatibles con el sistema de APP, con la clara intención de comprometer la implementación del modelo. No se trata por lo tanto de proscribir el modelo en su conjunto, pero tratarlo de modo indebido, despojándolo de buena parte de lo que se espera de él o, lo que es peor, impidiendo el logro de los supuestos de este nuevo modelo.

La esperanza es que con la maduración de las APPs y la existencia de un mayor número de proyectos en operación – esperemos que con buenos resultados - esta ideología contraria pueda ser prohibida o al menos mitigada. Algo similar ocurre con las concesiones comunes, que viven una relación de amor y odio con sectores gubernamentales y con los órganos de control de la Administración. En una reciente demostración de apoyo al modelo de las concesiones, el gobierno federal anunció nuevas reglas de carácter económico-financiero que prometen estimular el interés del mercado por estos proyectos, aumentando su viabilidad, la rentabilidad y la expectativa de retorno. En ese sentido, la (todavía tímida) actualización reciente de la regulación de la APP demuestra la buena voluntad del legislador con la APP, intentando reflejar en la legislación anhelos verificados en los proyectos ya en operación o en estudio.

También se espera que adopten el modelo de APP por la Unión Federal. No obstante contar con las mejores condiciones (recursos, mecanismos de garantía, menor incidencia de las restricciones presupuestarias) para contratar APP, la Unión todavía no tiene un sólo contrato de APP. A excepción de una iniciativa conjunta del Banco do Brasil y Caixa Económica Federal (bancos públicos federales) todas las APP existentes en el país son de iniciativa de Estados y Municipios, que, a su vez enfrentan dificultades mucho más graves para estructurar sus proyectos, especialmente teniendo en cuenta la realidad presupuestaria de estas entidades federales. Una vez que la Unión reemplace el prejuicio que aún existe en sus órganos de decisión, será sin duda un avance rápido para el número de APP contratadas.

Movimientos recientes del poder público en el sentido de promover la APP en otros países pueden resultar en mayor interés de nuevos *players*, sea de operadores, sea de financiadores. Si esta tendencia se confirma, se espera que aumente el mercado potencial de interesados en APPs, lo que resultaría en más proyectos estructurados (por PMI) y en la mejora del mercado financiador, cuando, entonces, se podría esperar que tengan alternativas viables al actual monopolio de BNDES.

De todos modos, hay buenas perspectivas para el aumento de la APP en Brasil. Por lo tanto, además de replicar los buenos ejemplos, se debe superar algunos obstáculos

ideológicos, que siguen impidiendo la correcta comprensión y aplicación de los preceptos de este nuevo régimen contractual. También es necesario conferir una respuesta legislativa eficaz a la evolución dada tras la experiencia constante en la estructuración de proyectos de APPs y en la propuesta de innovaciones en términos de garantías y de prestación de servicios públicos tradicionales.

Recibido: 04/06/2013
Aprobado: 30/06/2013